

8 de mayo de 2009
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
16º período de sesiones
Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009

Propuesta de artículo 40: Negociación competitiva

Propuesta presentada por Austria, los Estados Unidos y el Reino Unido

1. Este documento ha sido presentado por las delegaciones de Austria, el Reino Unido y los Estados Unidos con el fin de que sirva de base para las deliberaciones que mantenga en mayo de 2009 el Grupo de Trabajo I de la CNUDMI (Contratación Pública) acerca del capítulo IV de la Ley Modelo sobre el tema de la contratación pública con negociaciones. En esta propuesta se han plasmado también las deliberaciones mantenidas también por otras delegaciones entre los períodos de sesiones y las observaciones recibidas de esas delegaciones.
2. En el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, éste decidió, conforme a lo sugerido por la Secretaría, aplazar el examen del capítulo IV, pues se estimó que su texto debía perfeccionarse. La Secretaría también señaló las dificultades que se experimentaban para llevar a término las investigaciones pendientes y para redactar un nuevo texto que pudiera examinarse en el período de sesiones del Grupo de Trabajo previsto para mayo de 2009. A raíz de ello, una delegación convino en presentar un documento de sesión con una propuesta de revisión del capítulo IV¹.
3. La propuesta enunciada en el presente documento se basa en la propuesta anterior, que se había formulado en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, consistente en que se unificaran los textos del artículo 40 (Solicitud de propuestas) y del artículo 41 (Negociación competitiva). En el proyecto de Ley Modelo revisada se habían presentado estos dos métodos como métodos diferenciados, cuando en realidad en la práctica las solicitudes de propuestas solían corresponder a las solicitudes formuladas para entablar negociaciones competitivas².

¹ Véase el informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su 15º período de sesiones (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009), A/CN.9/668, párrs. 212 y 278.

² *Ibid.*, párrs. 210 y 211.



4. En el documento se propone también que en el capítulo IV se suprima la licitación en dos etapas como método específico de contratación. A este respecto, las delegaciones patrocinadoras consideran que el proyecto de artículo 39, relativo a la licitación en dos etapas (extraído literalmente del artículo 46 de la Ley Modelo de 1994), podría trasladarse al capítulo III, pero que, si se mantenía la licitación en dos etapas como método permitido de contratación en virtud de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo debería proceder a una revisión completa de la disposición. Las delegaciones patrocinadoras estiman también que, en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo, será preciso evaluar rigurosamente los diversos métodos de contratación enunciados en el capítulo III, procurando simplificar y reducir el número de métodos previstos en dicho capítulo.

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p style="text-align: center;">Artículo 40. Solicitud de propuestas y negociación competitiva</p>	<p>El título no debería suscitar controversias.</p> <p>Este proyecto de artículo 40 sería el único artículo del capítulo IV revisado si se adoptara la propuesta adjunta de trasladar la licitación en dos etapas al capítulo III.</p> <p>En lo que a la redacción y a las deliberaciones se refiere, conviene señalar que en el texto final de esta disposición deberán incorporarse, por remisión o de otro modo, otras reglas de la Ley Modelo (por ejemplo, las reglas relativas a la publicación), a fin de asegurar que este artículo quede plenamente integrado en el derecho general.</p>
<p>1) [A reserva de que lo apruebe ... (el Estado promulgante podrá designar la autoridad que dará su aprobación)], una entidad adjudicadora podrá entablar un proceso de contratación mediante una solicitud de propuestas con negociación competitiva cuando dicha entidad no pueda formular una descripción o especificaciones detalladas del objeto de la contratación cuando:</p> <p>a) Debido a la naturaleza técnica del objeto de la contratación, sea necesario que la entidad adjudicadora convoque varias rondas de propuestas de los vendedores con miras a negociar mejoras en el precio o mejoras técnicas;</p> <p>b) La naturaleza o el grado de desarrollo del sector pertinente de los proveedores o contratistas sea muy poco conocido o haga necesario que la entidad adjudicadora exija una contribución esencial del sector antes de poder finalizar las especificaciones o la descripción del objeto de la contratación;</p> <p>c) El objeto de la contratación o el método de entrega elegido por la entidad adjudicadora sea [complejo y tenga] muchos aspectos o requiera un alto grado de adaptación al cliente;</p> <p>d) El objeto de la contratación sea [complejo y] dinámico y el período de vigencia del contrato sea suficientemente largo, de modo que sea probable que las especificaciones varíen durante la vigencia del contrato [en función de los adelantos tecnológicos]; o</p> <p>e) Los sectores pertinentes de los proveedores o contratistas no tengan criterios [uniformes] [similares] en cuanto a la política de precios o a la</p>	<p>Se ha sugerido que las condiciones para recurrir a un método no fueran excesivamente prescriptivas. Esas condiciones deberán ser objeto de una nueva revisión por parte del Grupo de Trabajo. Como enunciado ilustrativo de los criterios para recurrir a un método, y sobre la base del reglamento de contratación de un estado de los Estados Unidos, cabría adoptar el siguiente texto:</p> <p>Las convocatorias convencionales a presentar ofertas no siempre pueden abordar las necesidades de la entidad adjudicadora, especialmente cuando no existan especificaciones genéricas o éstas sean difíciles o imposibles de formular y cuando las evaluaciones convencionales para la adjudicación de un contrato no puedan efectuarse sobre la base de criterios absolutos. Por ejemplo, los productos de alta tecnología y los servicios complejos no se prestan a una licitación convencional. La solicitud de propuestas es un método empleado en situaciones de esta índole.</p> <p>Se ha puesto de relieve también que, entre las consideraciones importantes para fijar las condiciones para recurrir a un método, figuran la duración, la envergadura y la complejidad de las obras previstas. Por ejemplo, en contrataciones de larga duración, los intercambios inherentes a un proceso de solicitud de propuestas pueden permitir a la entidad adjudicadora hacerse una mejor idea de los requisitos técnicos, por lo que ello sería preferible a una convocatoria convencional a licitación.</p> <p>Una vez que se llegara a un consenso en el Grupo de Trabajo sobre las condiciones para recurrir a ese método, será preciso decidir si conviene insertar el</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
entrega del objeto de la contratación.	<p>texto sobre dichas condiciones en la Ley Modelo o en la Guía para la incorporación al derecho interno. Las condiciones para recurrir al método podrían enunciarse en un artículo general enunciado en este capítulo o bien en el artículo específicamente relacionado con el proceso de solicitud de propuestas. En última instancia, se ha sugerido que sería útil insertar esas condiciones en el texto de la Ley, más que en el de la Guía.</p> <p>Al evaluarse los criterios propuestos para esas condiciones, se ha señalado que el artículo XIV 2) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (ACP) dice lo siguiente: “Se recurrirá principalmente a las negociaciones para determinar los puntos fuertes y débiles de las ofertas”. Por consiguiente, las negociaciones entabladas con otros fines pueden plantear problemas en el marco del ACP.</p> <p>No obstante, se ha señalado también que en el texto provisional del ACP (2006) ya no figura ese texto. Las negociaciones se regulan en el artículo XII del texto de 2006 del ACP, que puede consultarse en el sitio www.wto.org de Internet.</p>
<p>2) La entidad adjudicadora, antes de enviar una solicitud de propuestas a los proveedores o contratistas, solicitará manifestaciones de interés, a fin de determinar el número mínimo de proveedores o contratistas a quienes deberá solicitar propuestas de conformidad con el párrafo 3). El aviso en que se soliciten manifestaciones de interés deberá publicarse en un diario o en una publicación comercial pertinente, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional³.</p>	<p>Como ya se ha observado, el texto definitivo de esta disposición debe mencionar, por remisión o de otro modo, otros requisitos previstos en la Ley Modelo (por ejemplo, los requisitos relativos a la publicación), a fin de asegurar que este artículo quede plenamente integrado en el derecho general.</p> <p>El texto de la Ley Modelo que se sugiere en el presente documento se basa en un orden sumamente estructurado, encaminado a asegurar una transparencia previsible. Ese orden sería el siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La obligatoriedad de la solicitud de manifestaciones de interés.

³ Se ha señalado que la intención de la entidad adjudicadora de recurrir a la negociación competitiva debe manifestarse explícitamente desde un principio en el aviso de un contrato adjudicable. Esto redundará en beneficio de la transparencia; si, por ejemplo, no se cumplen las condiciones para una negociación competitiva, al menos el aviso de negociación competitiva dará pie a que se presente una impugnación. Con esta declaración anticipada y clara de la intención de recurrir a una negociación competitiva se ajustaría la disposición a las cláusulas del artículo XVI 1) a) del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC (“Toda parte podrá disponer que las entidades lleven a cabo negociaciones ... en el contexto de las contrataciones respecto de las cuales hayan manifestado tal intención, concretamente en el aviso mencionado en el párrafo 2 del artículo IX (la invitación a los proveedores a participar en el procedimiento para la contratación propuesta)”).

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
	<ul style="list-style-type: none"> • La emisión de una solicitud de propuestas destinada a las partes que hayan manifestado su interés y tal vez también a otros vendedores. • Una etapa de calificación, descrita en la solicitud de manifestaciones de interés. • Las negociaciones propiamente dichas, conforme a dicha solicitud de manifestaciones de interés. <p>No obstante, se puso de relieve que este enfoque sumamente estructurado resultaba prescriptivo; por ejemplo, es posible que algunas entidades adjudicadoras deseen abandonar al final una etapa concreta de calificación. En la Guía para la incorporación al derecho interno podría indicarse que esas etapas prescritas solo constituían un punto de partida, dado que todo sistema evoluciona hacia una utilización más amplia de la negociación competitiva.</p> <p>Se ha señalado también la posibilidad de que en algunos ordenamientos jurídicos se requiera que <i>todos</i> los vendedores puedan tener la oportunidad de participar, aun cuando no hayan respondido a la solicitud inicial de manifestaciones de interés. El texto de la Ley Modelo que se sugiere aquí presupone que solo podrán continuar en las fases ulteriores del proceso los vendedores que hayan respondido a tal solicitud; esta es una cuestión que tal vez el Grupo de Trabajo desee abordar.</p> <p>Se ha sugerido asimismo, como variante, que las negociaciones vayan precedidas de distintos medios para asegurar el mercado, como, por ejemplo, una etapa de precalificación. Ante estas distintas opciones, se ha propuesto que el Grupo de Trabajo examine otra posible variante de este párrafo, cuyo texto sería el siguiente:</p> <p>2) La entidad adjudicadora podrá solicitar manifestaciones de interés a fin de poder determinar los posibles proveedores o contratistas, o podrá tratar de precalificar a proveedores o contratistas, o hacer ambas cosas, antes de emitir una solicitud de propuestas. Todo aviso por el que se soliciten manifestaciones de interés o la precalificación de proveedores o contratistas deberá publicarse en un diario o en una publicación comercial pertinente, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
	<p>amplia difusión internacional. En el aviso deberán indicarse por lo menos los siguientes datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El objeto general de la contratación; b) La estructura del procedimiento (con la descripción de las etapas previstas que culminen con la negociación competitiva); c) Los medios para obtener los documentos de manifestaciones de interés o de precalificación de proveedores y contratistas y el lugar en que podrán obtenerse; d) La suma que deberá eventualmente abonarse para obtener dichos documentos; y e) El plazo para responder a la solicitud de manifestaciones de interés o de precalificación de los proveedores o contratistas. <p>Independientemente de las etapas que prescriba la Ley Modelo, una opinión muy recalcada fue la de que debería darse una amplia difusión a lo que constituiría la primera etapa, a fin de lograr una máxima competencia y transparencia.</p> <p>Como variante, se ha sugerido también que se prevean fases ulteriores de publicación, por ejemplo, cuando se hayan modificado las especificaciones después de que se publicara la solicitud inicial de manifestaciones de interés. Las delegaciones apoyan enérgicamente la propuesta de que deba procederse en cualquier momento a una nueva publicación cuando se haya producido un cambio sustancial en los requisitos gubernamentales, a fin de que todos los posibles vendedores estén al corriente de esta nueva oportunidad. La cuestión del requisito de publicaciones adicionales merece un análisis más detenido, dado que los costos de publicación, por ejemplo de un aviso de emisión de una solicitud de presentación de ofertas, han disminuido sustancialmente con los adelantos tecnológicos.</p> <p>En toda solicitud de manifestaciones de interés debe describirse claramente la contratación, especialmente cuando (tal como se analiza en ulteriores secciones) la solicitud constituya básicamente el último aviso públicamente divulgado de la contratación.</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
	<p>A fin de ajustar esta disposición al ACP, es necesario que todo aviso de difusión mundial (ya sea de una solicitud de manifestaciones de interés o de propuestas), indique claramente la intención de la entidad adjudicadora de recurrir a negociaciones competitivas.</p>
<p>3) Las solicitudes de propuestas deberán dirigirse al mayor número posible de proveedores o contratistas, que en ningún caso será inferior a tres. La entidad adjudicadora podrá solicitar propuestas de todos los proveedores o contratistas que hayan respondido a una previa solicitud de manifestaciones de interés, y podrá solicitar propuestas a otros proveedores o contratistas, según considere oportuno, pero globalmente deberá solicitarlas, como mínimo, a tres proveedores o contratistas.</p>	<p>Lo importante es que, en última instancia, el texto asegure que en alguna de las etapas (en la de la solicitud de manifestaciones de interés o en la de la solicitud de propuestas) se proceda a una divulgación de ámbito mundial.</p> <p>Como ya se ha señalado, otra posibilidad consistiría en recurrir a un aviso de precalificación, como el sugerido. De adoptarse esta otra opción, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente nuevo enunciado de este párrafo:</p> <p>3) Las solicitudes de propuestas deberán enviarse al mayor número posible de proveedores o contratistas y a no menos de [tres] [cinco]. Si la solicitud de propuestas no ha ido precedida de una solicitud de manifestaciones de interés o de un aviso de precalificación, el aviso de solicitud de propuestas deberá publicarse en un diario o en una publicación comercial pertinente, o bien en una revista técnica o profesional de amplia difusión internacional. Si la solicitud de propuestas ha ido precedida de una solicitud de manifestaciones de interés, pero no de un aviso de precalificación, la entidad adjudicadora deberá solicitar propuestas a todos los proveedores o contratistas que hayan respondido a tal solicitud, y podrá solicitar propuestas a todo otro proveedor o contratista que estime oportuno, pero, en su totalidad, las solicitudes no deberán enviarse a menos de [tres] [cinco] proveedores o contratistas. Si la solicitud de propuestas ha ido precedida de un aviso de precalificación, la entidad adjudicadora deberá solicitar propuestas de todos los proveedores o contratistas que hayan pasado la precalificación.</p> <p>Según el consenso al que han llegado los patrocinadores de este documento, el requisito de que se envíe la solicitud, por ejemplo, a cinco, en vez de a tres posibles proveedores o contratistas, sería demasiado engorroso. Lógicamente, ello repercutiría en los costos relativos que implicaría el</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
	<p>hecho de que hubiera más partes negociantes; si los adelantos en los sistemas y en la tecnología permiten abaratar la negociación con más proveedores o contratistas, cabría incrementar el número mínimo de proveedores o contratistas.</p> <p>El texto revisado introduce el concepto de “solicitud de propuestas”, un conjunto de medidas con el que se pone en marcha el proceso de negociación competitiva en sí. Una definición útil que cabría agregar al texto de la Ley Modelo sería la siguiente: “Solicitud de propuestas: incluye todos los documentos, tanto si se han adjuntado como si se han incorporado por remisión, que se utilicen para solicitar propuestas competitivas, y es un procedimiento generalmente empleado en la contratación de servicios o en compras complejas”. El Grupo de Trabajo debería tratar de llegar a un consenso en torno a esta definición. Una vez logrado el consenso, esta definición podría insertarse en la sección general de definiciones de la Ley Modelo.</p> <p>En la Guía cabría señalar que, si se recurre inicialmente a la solicitud de manifestaciones de interés (antes de la solicitud de propuestas), convendría que las entidades adjudicadoras fueran flexibles con las manifestaciones de interés que llegaran tardíamente; el único plazo estricto debería ser para la respuestas a la solicitud de propuestas en sí.</p>
<p>4) La entidad adjudicadora solicitará manifestaciones de interés, conforme a lo indicado en el párrafo 2), publicando un aviso de la solicitud de manifestaciones de interés, en cuyo texto deberán especificarse, como mínimo, los siguientes datos:</p> <p>a) El objeto de la contratación en detalle con miras a atraer al máximo número posible de vendedores al proceso de contratación;</p> <p>b) La descripción del procedimiento [descripción de las fases previstas que culminen con la negociación competitiva];</p> <p>c) Los medios para obtener los pliegos de condiciones y el lugar en que podrán obtenerse;</p> <p>d) La suma que deba eventualmente abonarse para obtener los pliegos de condiciones; y</p>	<p>El aviso de la contratación debe ser lo suficientemente detallado para informar a los posibles vendedores, a fin de atraer al máximo número de participantes del mercado.</p> <p>En este aspecto, al igual que en otras partes de la propuesta de artículo, los términos propuestos deberán supeditarse a toda otra cláusula contraria que figure en otras partes de la Ley Modelo, la cual está sujeta a una revisión más amplia. Así, por ejemplo, los requisitos de publicación enunciados en este párrafo deben vincularse a los requisitos de publicación enunciados en otras partes de la Ley Modelo.</p> <p>A fin de armonizar este párrafo, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse otro posible enunciado, que sería el siguiente:</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p>e) El plazo para presentar las respuestas.</p>	<p>4) La entidad adjudicadora deberá solicitar propuestas mediante la publicación de un aviso o la comunicación de un aviso a los proveedores o contratistas que la propia entidad determine, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3). En el aviso de solicitud de propuestas deberán figurar, como mínimo, los siguientes datos:</p> <p>a) El objeto general de la contratación;</p> <p>b) Una indicación de que el procedimiento incluirá la negociación competitiva;</p> <p>c) Los medios para obtener los pliegos de condiciones y el lugar en que éstos podrán obtenerse;</p> <p>d) La suma que deberá eventualmente abonarse para obtener los pliegos de condiciones; y</p> <p>e) El plazo para presentar las propuestas.</p>
<p>5) En las solicitudes de propuestas emitidas de conformidad con el párrafo 3) <i>supra</i> deberán indicarse los siguientes datos:</p> <p>a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;</p> <p>b) El lugar y la fecha en que deberán presentarse las propuestas y el lugar o la dirección a la que deberán ser enviadas;</p> <p>c) Una descripción del objeto de la contratación con un máximo de detalles, al menos de forma resumida de que disponga la entidad adjudicadora acerca del objeto de la contratación en el momento en que emita la solicitud de propuestas y toda expectativa referente a la entrega o a la finalización de lo que sea objeto de la contratación;</p> <p>d) El formato requerido para las propuestas;</p> <p>e) Cuando proceda, los criterios de calificación y la ponderación que se utilizará para calificar a los proveedores o contratistas, tal como se especifica en el párrafo 7);</p> <p>f) El proceso mediante el cual la entidad adjudicadora determinará los proveedores o contratistas que serán invitados a participar en las</p>	<p>El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el grado de detalle que puede exigirse en la solicitud de propuestas. Por un lado, la entidad adjudicadora debería proporcionar información detallada sobre la contratación propuesta, a fin de asegurar una máxima participación. Por otro lado, el requisito de que la entidad adjudicadora publique <i>toda</i> la información de que disponga puede resultar demasiado exigente.</p> <p>En este aspecto, al igual que en otras partes de este proyecto de artículo, los términos propuestos deberán supeditarse a cualquier otra cláusula contraria que figure en otras partes de la Ley Modelo, la cual es objeto de una revisión más amplia. Así, por ejemplo, otras disposiciones referentes al grado de detalle exigido en las solicitudes puede afectar a este párrafo.</p> <p>El texto de la Ley Modelo que se propone aquí es relativamente escueto. El Grupo de Trabajo tal vez desee basarse en el texto de la Guía de la Ley Modelo de 1994 relativo a la negociación competitiva (antiguo artículo 49), que alienta a las entidades adjudicadoras a formular sus propias reglas que vayan a regir las negociaciones competitivas:</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p>negociaciones, según se especifica en el párrafo 8); y</p> <p>g) El proceso que la entidad adjudicadora seguirá para llevar a cabo las negociaciones competitivas y para determinar a qué proveedor o contratista se adjudicará el contrato, conforme a lo especificado en el párrafo 9).</p>	<p>2) El Estado promulgante tal vez desee requerir, en las reglamentaciones de la contratación, que la entidad adjudicadora adopte medidas como las siguientes: establecer reglas y procedimientos básicos para la sustanciación de las negociaciones a fin de asegurar que se lleven a cabo de manera eficiente; preparar diversos documentos que sirvan de base para las negociaciones, inclusive documentos en que se especifiquen las características técnicas deseadas de los bienes o de las obras que vayan a contratarse, o una descripción de la naturaleza de los servicios que vayan a contratarse, y las cláusulas y condiciones contractuales deseadas; y pedir a los proveedores o contratistas con los que negocie que detallen sus precios, a fin de ayudar a la entidad adjudicadora a comparar lo que ofrezca un proveedor o contratista durante las negociaciones con las ofertas de otros proveedores o contratistas.</p> <p>Existen reglas y directrices nacionales para la negociación competitiva, por ejemplo, en las directrices de 2006 sobre el diálogo competitivo, emitidas por la Oficina de Comercio Estatal del Reino Unido, que pueden consultarse en el sitio de Internet http://www.ogc.gov.uk/documents/guide_competitive_dialogue.pdf, y en la <i>U.S. Federal Acquisition Regulation (FAR) Part 15, 48 C.F.R. Part 15</i>, que puede consultarse en el sitio de Internet www.acquisition.gov/far.</p>
<p>6) La entidad adjudicadora podrá modificar o dar aclaraciones sobre los pliegos de condiciones antes de que venza el plazo de presentación. Estas modificaciones o aclaraciones deberán figurar por escrito y deberán comunicarse a todos los posibles proveedores o contratistas a quienes se haya dado un aviso conforme al párrafo 4) con tiempo suficiente antes de que venza el plazo de presentación para que los proveedores o contratistas puedan tenerlas en cuenta en sus propuestas.</p>	<p>Se ha sugerido que, en aras de la fluidez, este párrafo se inserte a continuación del actual párrafo 9).</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p>7) Si la entidad adjudicadora trata de calificar a los proveedores o contratistas antes de que empiecen las negociaciones, deberá especificar en la solicitud de propuestas los criterios que se seguirán para evaluar las propuestas durante la etapa de calificación, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de sus criterios y la forma en que se aplicarán al evaluar las propuestas. Los criterios de calificación deberán guardar relación con el objeto de la contratación y deberán incluir:</p> <p>a) La experiencia y la competencia administrativa y técnica del proveedor o contratista;</p> <p>b) Los recursos financieros del proveedor o contratista;</p> <p>c) La calidad de la propuesta presentada por el proveedor o contratista; y</p> <p>d) El resultado de las verificaciones de las referencias del proveedor o contratista que, en su caso, haya realizado la entidad adjudicadora.</p>	<p>Algunas delegaciones han insistido en que no se exija una etapa específica de calificación.</p> <p>Se ha observado que tal vez no sea apropiado hacer verificaciones de fondo en todos los casos.</p> <p>Se ha señalado también que, cuando los criterios de calificación sean “pertinentes” para la contratación, deberían enunciarse las calificaciones mínimas razonables; si se fijan calificaciones excesivamente restrictivas, se reducirá la competencia de forma indebida.</p> <p>Se ha sugerido que si en la Ley Modelo se exige que los criterios de calificación sean “pertinentes” para la contratación, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar cuán pertinentes deberán ser esos criterios. Por ejemplo, ¿los criterios de calificación deberán o no guardar una relación directa con los requisitos que deberán cumplirse en la contratación?</p> <p>En ese aspecto, al igual que en otras partes del proyecto de artículo, toda disposición en sentido contrario que figure en otras partes de la Ley Modelo deberá prevalecer sobre las cláusulas propuestas; en ese caso, otras disposiciones relativas a los requisitos de calificación pueden ser pertinentes.</p>
<p>8) En la solicitud de propuestas deberá describirse el proceso mediante el cual la entidad adjudicadora determinará qué proveedores o contratistas cumplen suficientemente los criterios de precalificación para pasar a la fase de negociación competitiva. Cuando exista un número suficiente de proveedores o contratistas que sean aptos para ser seleccionados para participar en las negociaciones, la entidad adjudicadora podrá limitar el número de proveedores o contratistas a los que se proponga invitar a participar en las negociaciones, siempre y cuando en el pliego de condiciones se especifique lo siguiente:</p> <p>a) El objetivo y los criterios de no discriminación que se aplicarán a fin de limitar el número de proveedores o contratistas de conformidad con este párrafo; y,</p> <p>b) El número mínimo de proveedores o contratistas, no inferior a tres, que la entidad adjudicadora se proponga invitar a participar en las negociaciones y, en su caso, el número máximo de proveedores o contratistas.</p>	<p>Conviene señalar que este párrafo podría imponer limitaciones a los proveedores o contratistas por dos razones distintas; 1) porque los proveedores o contratistas no reunieran los requisitos de calificación, y 2) porque la entidad adjudicadora deseara limitar el número de proveedores o contratistas para dar mayor eficiencia a las negociaciones.</p> <p>El texto que sigue a la primera frase de este párrafo sigue muy de cerca el enunciado del Reglamento 18(12) de las <i>Public Contracts Regulations</i>, de 2006, de Inglaterra.</p> <p>En este aspecto, al igual que en otros aspectos del proyecto de artículo, toda disposición contraria que figure en otras partes de la Ley Modelo deberá prevalecer sobre las cláusulas propuestas.</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p>9) En los pliegos de condiciones deberá especificarse el proceso al que recurrirá la entidad adjudicadora para llevar a cabo la negociación competitiva y para determinar a qué proveedor o contratista adjudicará el contrato. Este proceso deberá ajustarse a los requisitos de la presente Ley.</p>	<p>Se ha considerado que actualmente este párrafo es redundante, y que puede suprimirse, pues en un párrafo anterior ya se describe lo que deberá figurar en los pliegos de condiciones. No obstante, en opinión de algunos comentaristas, debería mantenerse este párrafo en el texto, a fin de poner de relieve que es preciso explicar rigurosamente a los posibles proveedores o contratistas el funcionamiento del proceso de negociación competitiva.</p> <p>En la segunda frase de este párrafo se cita la necesidad de que su texto se ajuste al de otras disposiciones de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee enmendar esa segunda frase para referirse concretamente a otras disposiciones de la Ley Modelo revisada, que regulan los requisitos de publicación y los criterios para la adjudicación del contrato.</p> <p>Otra cuestión que se plantea es la del texto relativo a la adjudicación. En la Guía para la incorporación al derecho interno cabría señalar que, como variante, la entidad adjudicadora podría limitarse a <i>recomendar</i> la adjudicación, en vez de anunciar a qué vendedor se adjudicará el contrato. Con ello se centrará la atención en los procesos de contratación aplicables en el Estado adjudicador.</p>
<p>10) La negociación competitiva debe ser concurrente (es decir, debe llevarse a cabo manteniendo negociaciones por separado, pero casi simultáneamente, con cada proveedor o contratista calificado para la negociación competitiva después de la etapa de precalificación).</p>	<p>Este párrafo sigue siendo controvertido. En el texto propuesto se propugnan negociaciones concurrentes, y no consecutivas (que consistirían en iniciar y concluir negociaciones con el proveedor o contratista mejor puntuado después de la etapa de precalificación; de fracasar las negociaciones con el licitante mejor puntuado, se pasaría a negociar con los otros proveedores o contratistas calificados para la negociación competitiva siguiendo el orden sucesivo de calificación que tuviera cada uno de ellos). El enfoque de la negociación concurrente se adoptó ante las dudas que planteaba el recurso a negociaciones consecutivas, en vez de concurrentes; se consideraba que la negociación consecutiva tendría los siguientes inconvenientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Había dudas sobre si en una negociación consecutiva se mantendría la igualdad de tratamiento.

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
	<ul style="list-style-type: none"> • Al centrarse la negociación exclusivamente en el proveedor o contratista con la mayor puntuación, se conocerían los datos de evaluación técnica de ese proveedor o contratista, aun cuando esa información debería permanecer secreta. • El hecho de centrar la negociación en primer lugar en un solo proveedor o contratista podría minar el margen de maniobra de la entidad adjudicadora; así, el proveedor o contratista que estuviera en primer lugar sería consciente de ello y no cedería mucho en las negociaciones. • La entidad adjudicadora perdería las ventajas de conocer a los demás proveedores o contratistas, unas ventajas que sólo tendría en caso de negociaciones concurrentes. • La única ventaja evidente de la negociación consecutiva consistiría en reducir la carga que el proceso entrañaría para el equipo negociador; en algunos casos, no obstante, el equipo negociador puede subestimar las mayores ventajas de las negociaciones concurrentes. <p>Independientemente del método que se seleccione, se ha sugerido que en el texto final se ponga de relieve el principio de la igualdad de tratamiento de todos los proveedores y contratistas, especialmente en negociaciones concurrentes. Como ya se ha señalado, en negociaciones consecutivas, esa igualdad puede ser difícil de conseguir.</p>
<p>11) La entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas calificados para la negociación competitiva que, durante las negociaciones, le faciliten información escrita u otros documentos. La entidad adjudicadora deberá mantener el carácter confidencial de todos estos datos, información y documentos que le presente un proveedor o contratista o que ella misma obtenga, durante el proceso de contratación, a menos que el proveedor o contratista consienta en su divulgación, o a menos que sean del dominio público o que la ley obligue a divulgarlos.</p>	<p>En el párrafo 15) se sugiere que el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar que la entidad adjudicadora <i>no</i> podrá solicitar a los proveedores o contratistas, que sigan en el proceso competitivo, que presenten sus mejores ofertas definitivas. El problema que plantea este párrafo, es decir, el mantenimiento del carácter confidencial de la información facilitada por los proveedores o contratistas, explica en parte que se prohíba la presentación de “múltiples ofertas definitivas”. Preocupa el hecho de que la entidad adjudicadora, al solicitar sucesivas ofertas óptimas y definitivas, pueda poner en peligro, directa o indirectamente, la información confidencial proporcionada por los vendedores.</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p>12) Todo requisito, directriz, documento, aclaración u otro tipo de información relativa al objeto de la contratación que la entidad adjudicadora comunique a un determinado proveedor o contratista durante las negociaciones deberá comunicarse también, en condiciones de igualdad, a todos los demás proveedores o contratistas que participen en las negociaciones. En todo momento de las negociaciones, las entidades adjudicadoras deberán tratar en pie de igualdad a todos los proveedores o contratistas participantes. En particular, las entidades adjudicadoras deberán evitar que se proporcione información de manera discriminatoria o de un modo que pueda dar a algunos proveedores o contratistas una ventaja inequitativa sobre los demás⁴.</p>	<p>Se ha sugerido que este enunciado se ajuste al texto del ACP. En la siguiente nota de pie de página se cita el párrafo 4) del artículo XIV; también habría que consultar el texto provisional enmendado del ACP de 2006. Como ya se ha dicho, si se recurre a negociaciones consecutivas, puede ser difícil aplicar los principios de igualdad de tratamiento.</p>
<p>13) La negociación competitiva podrá utilizarse para determinar a qué proveedor o contratista se adjudicará el contrato o para reducir el número de soluciones, o bien para determinar una única solución a la que la entidad adjudicadora esté dispuesta a recurrir en un caso concreto de contratación.</p>	<p>Se ha sugerido que en la Guía se aclarara que, en virtud de ese texto, la entidad adjudicadora podrá detener el proceso en la etapa de las propuestas iniciales y no solicitar las mejores ofertas definitivas.</p> <p>Se ha observado también que, si es posible detener el proceso en la primera etapa, sin recurrir a las mejores ofertas definitivas, la etapa siguiente (es decir, el aviso de adjudicación) debería, no obstante, realizarse con transparencia y comunicarse el aviso a todos los proveedores o contratistas, a fin de evitar discriminaciones. Una vez más, convendría también consultar otras disposiciones de la Ley Modelo (por ejemplo, las relativas a la transparencia y a la adjudicación) y hacer remisiones a ellas.</p>

⁴ El párrafo 4) del artículo XIV del CPA refleja el importante principio de que las negociaciones no deberán utilizarse para hacer discriminaciones entre los proveedores:

“Durante las negociaciones, las entidades no harán discriminaciones entre los distintos proveedores. En particular, se asegurarán de que:

- a) toda eliminación de participantes se lleve a cabo de conformidad con los criterios enunciados en los avisos y en la documentación de la convocatoria a licitación;
- b) toda modificación de los criterios y de los requisitos técnicos sea notificada por escrito a todos los participantes que sigan en el proceso de negociación;
- c) todos los participantes restantes gocen de la oportunidad de presentar propuestas nuevas o enmendadas sobre la base de los requisitos revisados; y
- d) cuando se concluyan las negociaciones, todos los participantes que sigan en ellas puedan presentar ofertas definitivas en un plazo que deberá ser el mismo para todos ellos.”

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
<p>14) Cuando se recurra a la negociación competitiva para determinar al proveedor o contratista al que se adjudicará el contrato, deberá adjudicarse el contrato al proveedor o contratista que, mediante el proceso previsto en los pliegos de condiciones, [ofrezca la [solución más ventajosa] [solución más valiosa]].</p>	<p>Se ha sugerido que el siguiente párrafo se haga constar en la Guía para la incorporación al derecho interno, a fin de que se adopte la preferencia manifestada por algunas instituciones de financiación de que se exija que los criterios de evaluación se expresen en términos monetarios objetivos:</p> <p style="padding-left: 40px;">Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados.</p>
<p>15) Cuando se recurra a la negociación competitiva para reducir el número de soluciones o para determinar una única solución que la entidad adjudicadora esté dispuesta a adoptar en relación con el objeto de la contratación, al término de las negociaciones, la entidad adjudicadora deberá pedir a todos los proveedores o contratistas con los que haya negociado que presenten la mejor oferta definitiva respecto de las soluciones o de la solución que se haya determinado mediante el proceso de negociación. La solicitud deberá figurar por escrito y en ella deberán especificarse la hora y la fecha en que deberán presentarse las solicitudes y deberán especificarse también los criterios de evaluación, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que habrán de aplicarse dichos criterios al evaluarse las mejores ofertas definitivas. Los criterios de evaluación deberán guardar relación con la solución o las soluciones que se hayan determinado y en ellos deberá figurar el precio de la solución adoptada. En la medida de lo posible, la ponderación relativa asignada a cada criterio deberá ser objetiva [y deberá cuantificarse o expresarse en dinero]. La entidad adjudicadora deberá determinar [a qué proveedor o contratista recomienda que se adjudique el contrato] [a qué proveedor o contratista adjudicará el contrato] sobre la base de las mejores ofertas definitivas.</p>	<p>En la Guía deberá aclararse que esta etapa (la solicitud de las mejores ofertas definitivas) sólo representará un recurso cuando la entidad adjudicadora no haya decidido antes una adjudicación o adjudicaciones basadas en las propuestas iniciales.</p> <p>El Grupo de Trabajo tal vez desee enmendar la Guía con miras a puntualizar que la entidad adjudicadora, en este aviso de solicitud de las mejores ofertas definitivas, podrá simplemente remitirse a los criterios de adjudicación enunciados en la solicitud inicial de propuestas. El texto de la Ley Modelo que se propone aquí permitiría básicamente a la entidad adjudicadora aplazar los criterios de evaluación para la adjudicación hasta la última etapa de la contratación negociada.</p> <p>El Grupo de Trabajo tal vez desee enmendar la Guía con el fin de explicar que si, en esta etapa tardía se modificaban los criterios de evaluación fijados en la solicitud inicial de propuestas, esas modificaciones sólo podían ser <i>leves</i>. Si la entidad adjudicadora desea introducir cambios <i>importantes</i> en los criterios de evaluación, deberá iniciar el proceso desde el principio, con la publicación de la solicitud de manifestaciones de interés, a fin de asegurar que el proceso tenga la mayor envergadura posible.</p> <p>El Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar en la Guía para la incorporación al derecho interno que, una vez presentadas las mejores ofertas definitivas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas concurrentes aclaraciones, pero <i>no</i> que presenten una nueva serie de mejores ofertas definitivas.</p>

TEXTO PROPUESTO DE LA LEY MODELO	OBSERVACIONES
	Una vez más y tal como ya se ha señalado, se ha observado que si la adjudicación se basa en las propuestas iniciales, el paso siguiente (es decir, el aviso de la adjudicación) debería mantener las condiciones de transparencia y tal comunicación debería hacerse a todos los proveedores o contratistas a fin de evitar discriminaciones.